
Datum: 20.11.2009
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 Sa 875/09
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2009:1120.10SA875.09.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Münster, 1 Ca 57/09
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 9 AZN 1110/09
Schlagworte: Ordentliche Kündigung wegen Schlechtleistung; Darlegungslast des Arbeitgebers bei qualitativer Minderleistung; Fehlerquote, -häufigkeit des gekündigten Arbeitnehmers im Vergleich zu anderen Mitarbeitern; Weiterbeschäftigung
Normen: § 1 Abs. 2 KSchG, §§ 611, 613, 242 BGB, Art. 1 und 2 GG

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 12.03.2009 – 1 Ca 57/09 - wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung des Klägers wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag zu den im Arbeitsvertrag vom 22.06.1998/21.12.2000 genannten Bedingungen als Einrichter in der Verpackung weiterzubeschäftigen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 19.264,-- €.

Tatbestand:

- Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz noch um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, um die Zahlung einer Jahresleistung sowie um die Weiterbeschäftigung des Klägers. 1 2
- Der am 30.04.1972 geborene Kläger ist verheiratet und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet, seit dem 01.07.1998 ist er bei der Beklagten, einem Betrieb der Pharmaindustrie mit ca. 630 Arbeitnehmern, aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 22.06.1998 sowie einer Ergänzung vom 21.12.2000 (Bl. 7 ff. d. A.) als Einrichter in der Verpackungsabteilung zu einem monatlichen Bruttoverdienst von zuletzt 3.350,00 € beschäftigt. 3
- Nachdem die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis am 16.12.2005 fristlos gekündigt und die vom Kläger hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage gemäß Urteil vom 16.05.2006 – 3 Ca 2958/05 Arbeitsgericht Münster – Erfolg gehabt hatte, wurde der Kläger, der von der Beklagten freigestellt worden war, seit dem 03.07.2006 wieder zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt. 4
- Mit Schreiben vom 12.07.2006 (Bl. 111 d. A.) erteilte die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung, weil der Kläger entgegen den Vorgaben aus der Verpackungsanweisung am 07.07.2006 ein falsches Verfallsdatum eingerichtet hatte, was dazu führte, dass auf den Faltschachteln das falsche Verfallsdatum aufgeprägt wurde. 5
- Mit Schreiben vom 20.09.2007 (Bl. 118 d. A.) erhielt der Kläger eine weitere Abmahnung von der Beklagten, nachdem der Kläger am 13.09.2007 an einer Verpackungsmaschine Probleme in der Vereinzelnung festgestellt, die Niederhalteplatte von der Blisterstanze ausgebaut, sie gesäubert und sie wieder eingebaut hatte. Der Wiedereinbau erfolgte jedoch fehlerhaft, sodass Blister zeitversetzt und unkorrekt ausgestanzt wurden. 6
- Nach Erhalt der Abmahnung vom 20.09.2007 erhob der Kläger mit Schreiben vom 07.11.2007 (Bl. 182 d. A.) Gegenvorstellungen, auf die Bezug genommen wird. 7
- Mit Schreiben vom 08.11.2007 (Bl. 120 d. A.) mahnte die Beklagte den Kläger erneut ab, weil der Kläger am 19.10.2007 seiner Dokumentationspflicht als Einrichter nicht hinreichend nachgekommen sei, indem er auf einem Verpackungsprotokoll die schriftliche Bestätigung unterlassen habe, dass er die Verpackungsanweisung gelesen und die dort enthaltenen Vorgaben während der Verpackung eingehalten habe. 8
- Mit Schreiben vom 24.04.2008 (Bl. 131 f. d.A.) erhielt der Kläger eine weitere Abmahnung, weil in der Spätschicht vom 03.04.2008 ca. 24.000 Blister produziert wurden, bei denen in einem Vierertakt an einem Prägwerkzeug ein falsches Verfallsdatum eingebaut war. Ob der Kläger die Einrichtung dieser Maschine übernommen hatte und ob der Kläger bei ordnungsgemäßer Kontrollierung das fehlerhafte Verfallsdatum hätte feststellen müssen, ist zwischen den Parteien streitig. 9
- Am 03.07.2008 war der Kläger in der Frühschicht verantwortlicher Einrichter für einen Verpackungsauftrag für das Produkt eines Kunden T1 G1 GmbH. Bei der Endkontrolle des Auftrages stellten Mitarbeiter der Beklagten fest, dass die variablen Daten auf den Blistern teilweise nicht lesbar waren. Ursache für die Qualitätsabweichung war ein gelockerter Nummernhalter. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger seiner Kontrollpflicht als verantwortlicher Einrichter ordnungsgemäß nachgekommen ist. 10

- Ob der Kläger am 10.07.2008 als verantwortlicher Einrichter bei der Durchführung eines Auftrags wiederum seiner Dokumentationspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, ist ebenfalls zwischen den Parteien streitig. 11
- Am 14.08.2008 fand in der Verpackungsabteilung der Beklagten ein Audit statt. Dem Leiter der Verpackungsabteilung fiel dabei auf, dass der Arbeitsplatz des Klägers nicht den sogenannten GMP-Bedingungen entsprachen. Es befanden sich im Behälter für den Faltschachtelabfall Formatwerkzeuge. Der Behälter für den Musterzug war entgegen der Arbeitsanweisung zwischen zwei Abfallbehältern gruppiert. Der Aufforderung des Leiters der Verpackungsabteilung, den Zustand des Arbeitsplatzes zu verändern, kam der Kläger ohne Einwände unmittelbar nach. 12
- Mit Schreiben vom 20.08.2008 (Bl. 90 ff. d. A.) hörte die Beklagte den in ihrem Betrieb gewählten Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Klägers zum 31.12.2008 an. Das Schreiben der Beklagten vom 20.08.2008 erhielt der Betriebsrat am 27.08.2008 (Bl. 97 d. A.). 13
- Bereits mit Schreiben vom 26.08.2008 (Bl. 14 d. A.) stellte die Beklagte den Kläger mit sofortiger Wirkung von seinen arbeitsvertraglichen Pflichten frei. 14
- Nachdem der Betriebsrat innerhalb einer Woche keine abschließende Stellungnahme abgegeben hatte, kündigte die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 05.09.2008 (Bl. 17 d. A.) zum 31.12.2008. 15
- Hiergegen erhob der Kläger am 22.09.2008 Kündigungsschutzklage zum Arbeitsgericht. 16
- Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die ihm ausgesprochene Kündigung sei auch in Anbetracht der erteilten Abmahnungen sozial ungerechtfertigt. 17
- Bereits die Abmahnung vom 12.07.2006 sei nicht gerechtfertigt gewesen. Ihm sei nämlich direkt nach seiner Rückkehr in den Betrieb der Beklagten am 03.07.2006 eine andere Maschine zugewiesen worden, an der eine Anweisung durch die Beklagte nicht erfolgt sei. Der dem Kläger zur Last gelegte Fehlprint sei ein klassischer Fehler, der nicht nur dem Kläger, sondern allen Einrichtern hin und wieder unterlaufe. Der gesamte Prozess bis zum fertigen Produkt umfasse verschiedene Kontrollmechanismen, die allesamt versagen müssten, um ein fehlerhaftes Produkt zu fertigen. Im Übrigen sei er am 07.07.2006 von der Beklagten als einziger Einrichter an der Verpackungsmaschine eingesetzt gewesen. Grundsätzlich würden an der Verpackungsanlage zwei Einrichter eingesetzt, die eine Person richte ein, die andere prüfe. 18
- Auch die dem Kläger am 20.09.2007 wegen des Vorfalles vom 13.09.2007 erteilte Abmahnung sei ungerechtfertigt gewesen. Er, der Kläger, habe bemerkt, dass der Stanzer an der Verpackungsmaschine nicht eindeutig arbeite. Da er erst seit ca. zwei Monaten an dieser Maschine eingesetzt gewesen sei, habe er den damaligen Schichtleiter wiederholt um Hilfestellung gebeten, der Schichtleiter habe jedoch nicht reagiert. Schließlich habe er die Reinigung der Maschine selbst vorgenommen, nachdem er eine Stanze ausgebaut habe. Damit sei das Problem jedoch nicht beseitigt gewesen, es habe sich erneut ein Funktionsfehler gezeigt. Wiederum habe er den Schichtleiter um Hilfestellung gebeten, die jedoch nicht erfolgt sei. Dass bei dem Wiedereinbau auf eine entsprechende Nummerierung habe geachtet werden müssen, sei ihm nicht bekannt gewesen. Insoweit sei er keineswegs für den gesamten Fehlprint verantwortlich gewesen. 19

Auch auf die Abmahnung vom 08.11.2007 wegen unzureichender Dokumentation könne die Beklagte sich nicht berufen. Die vermeintlich begangene unterbliebene Dokumentation seiner Tätigkeit geschehe Tag für Tag bei verschiedenen Mitarbeitern. Aus diesem Grunde habe die Beklagte ausdrücklich eine besondere Stelle geschaffen, die zur wesentlichen Aufgabe habe, zu kontrollieren, ob die notwendigen Unterschriften auf den einzelnen Protokollen vorhanden seien oder nicht. Er, der Kläger, habe bei den zu verrichtenden Dokumentationsaufgaben keineswegs eine höhere Fehlerquote als seine übrigen Kollegen.

Schließlich sei auch die Abmahnung vom 24.04.2008 wegen des Vorfalles vom 03.04.2008 unwirksam. Am 03.04.2008 habe der Kläger nicht die Einrichtung für die Verpackungsmaschine übernommen. 21

Die Beklagte könne sich zur Begründung der Kündigung auch nicht auf den Vorfall vom 03.07.2008 berufen. An diesem Tag sei ihm kein Fehlverhalten zur Last zu legen. Insbesondere habe er auch seine Kontrollaufgaben ordnungsgemäß durchgeführt. Ob ein anderer Einrichter am 03.07.2008 den Nummernhalter nicht korrekt fixiert habe, könne er nicht beurteilen. Es sei auch nicht jeder Blister fehlgeprintet gewesen, sondern maximal jeder Vierte. Seiner Prüfungspflicht sei er, der Kläger, ordnungsgemäß nachgekommen. Ausweislich des Verpackungsprotokolls habe er eine einzige Prüfung vorgenommen und auch nur eine einzige Prüfung vornehmen müssen, die bei Versandkarton 22 begonnen habe; hierbei sei nichts auffällig gewesen. Auch noch bei Versandkarton 24, geprüft durch andere Mitarbeiter, sei kein Fehler aufgefallen. Zahlreiche Mitarbeiter hätten auf der rechten Spalte des Verpackungsprotokolls die Fehlerfreiheit bestätigt. Soweit ab Karton 10 Auffälligkeiten aufgetreten seien, solle der Kläger für etwas verantwortlich gemacht werden, was allen anderen Mitarbeitern längst vorher hätte auffallen müssen. 22

Die Beklagte könne sich auch nicht auf ein Fehlverhalten am 10.07.2008 berufen. An einen Dokumentationsfehler vom 10.07.2008 könne er sich nicht erinnern. Noch unter dem 11.07.2008 habe der Leiter der Verpackung bestätigt, dass die Verpackung und die ordnungsgemäße Dokumentation geprüft und bestätigt worden sei. Selbst die Vorgesetzten hätten eine ordnungsgemäße Dokumentation bestätigt, obgleich nach dem Vorbringen der Beklagten der Kläger die Dokumentation nicht ordnungsgemäß durchgeführt haben solle. 23

Außerdem habe der Kläger am 14.08.2008 keine Pflichtverletzung begangen. An diesem Tag habe er die Verpackungsmaschine nicht eingerichtet. Auch wenn sich an der Verpackungsmaschine eine sogenannte Deckschiene mit einer Größe von etwas mehr als einem Meter über einen der Faltschachtelabfallkästen befunden habe, habe der Kläger diese Deckschiene dort nicht hingebacht. Die von der Beklagten ihm zur Last gelegte Situation sei ihm nicht zuzuschreiben. Der Aufforderung zur Beseitigung der Werkzeuge sei er, der Kläger, sofort nachgekommen. 24

Insgesamt, so hat der Kläger gemeint, sei die ausgesprochene Kündigung mindestens unverhältnismäßig. Die ihm angelasteten Fehler seien ausschließlich im sogenannten menschlichen Faktor zu suchen. Wenn in einer Nachtschicht am Ende der Schicht ein Dokumentationsfehler begangen würden, lasse sich dies möglicherweise auf Müdigkeit oder Unkonzentriertheit zurückführen. Nicht nur der Kläger, sondern sämtliche weitere Mitarbeiter und andere Einrichter hätten ähnliche Fehler gezeigt. Gerade wegen dieser Fehlerquelle habe die Beklagte weitere Kontrollmechanismen eingebaut. 25

Der Kläger hat schließlich die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung bestritten. Insbesondere sei der Betriebsrat über entlastende Umstände nicht informiert worden. 26

Der Kläger hat ferner die Auffassung vertreten, ihm stehe die sogenannte Jahresleistung in Höhe von 2.514,00 € brutto für das Jahr 2008 zu. In der Vergangenheit sei ihm diese Jahresleistung stets gewährt worden. Nach dem Tarifvertrag der chemischen Industrie Westfalen werde diese Jahresleistung ebenfalls geschuldet.

Der Kläger hat erstinstanzlich zudem geltend gemacht, dass ihm eine Urlaubsabgeltung für das Jahr 2008 zustehe, die er mit 1.587,60 € beziffert hat. 28

Schließlich hat der Kläger im Kammertermin beim Arbeitsgericht einen Auflösungsantrag gestellt, den er mit den Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 06.03.2009 begründet hat. 29

Der Kläger hat beantragt, 30

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 05.09.2008 nicht aufgelöst worden ist,

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 2.514,-- € brutto nebst 5 Prozentpunkten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2008 zu zahlen,

3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.587,60 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2009 zu zahlen, 33

4. das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, die ins Ermessen des Gerichts gestellt wird, aber nicht 17.000,-- € unterschreiten sollte, aufzulösen zum 31.12.2008. 34

Die Beklagte hat beantragt, 35

die Klage abzuweisen. 36

Sie hat die Auffassung vertreten, die dem Kläger ausgesprochene Kündigung vom 05.09.2008 sei unter Berücksichtigung der zuvor erteilten Abmahnungen insgesamt sozial gerechtfertigt. 37

Die Beklagte hat behauptet, die Einrichtung eines falschen Verfallsdatums – der Kläger habe entgegen den Vorgaben aus der Verpackungsanweisung statt den Ziffern "04/2011" die Ziffern "11/2011" eingegeben und dies auch im Chargenprotokoll vermerkt – habe dazu geführt, dass sie, die Beklagte, 3.456 Faltschachteln manuell hätte auspacken und neu konfektionieren müssen. Dabei sei ein Schaden von 3.000,-- € entstanden. 38

Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, dass ihm am 03.07.2006 eine andere Maschine zugewiesen worden sei, die statt bisher Dosen, nunmehr Blister und Verpackungen bedruckt habe. Die Abläufe seien identisch. Eine Einweisung in die neue Tätigkeit sei auch tatsächlich erfolgt. Der Kläger könne den von ihm verursachten Fehler auch nicht anderen Mitarbeitern anlasten. Eine Kontrolle der einzugebenden variablen Daten durch den Schichtleiter oder durch den Abteilungsleiter erfolge nicht; diese achteten vielmehr nur auf technische Parameter. Die Abschlusskontrolle der variablen Daten werde durch den Lineinspektor vorgenommen. Nicht nur gegenüber dem Kläger, sondern auch gegenüber allen Mitarbeitern, die arbeitsvertragliches Fehlverhalten an den Tag legten, würden entsprechende arbeitsrechtliche Maßnahmen erfolgen. An der Verpackungsmaschine, an der der Kläger am 03.07.2006 tätig gewesen sei, würden auch nicht regelmäßig zwei Einrichter eingesetzt. 39

- Auch die Abmahnung vom 13.09.2007 sei zu Recht erfolgt. Der Kläger habe nach dem Ausbau der Niederhalteplatte diese trotz Nummerierung der einzelnen einzubauenden Teile fehlerhaft wieder eingebaut. Hierdurch seien zahlreiche Blister zeitversetzt und nicht korrekt ausgestanzt worden, ca. 60 Blister hätten aussortiert und vernichtet werden müssen. Hierdurch sei der Beklagten ein Schaden von etwa 2.100,00 € entstanden. 40
- Bei dem Ein- und Ausbau der Niederhalteplatte habe der Kläger auch keinen Schichtleiter um Hilfe gebeten. Der Kläger habe über eine mehr als zehnjährige Berufserfahrung als Einrichter in der Verpackung verfügt. Allein aus diesem Grund habe ihm ein derartiger Fehler nicht unterlaufen dürfen. 41
- Auch die dem Kläger am 08.11.2007 erteilte Abmahnung wegen fehlerhafter Dokumentation am 19.10.2007 sei zu Recht erfolgt. Insbesondere sei es unrichtig, dass allen anderen Mitarbeitern täglich unzureichende Dokumentationen passierten. Gerade die ordnungsgemäße Dokumentation habe im Arzneimittelbereich eine erhebliche Bedeutung. 42
- Der Verstoß gegen die Dokumentationspflicht durch den Kläger am 19.10.2007 habe zur Folge gehabt, dass die Ware insgesamt drei Tage lang nicht verschickt werden können, weil eben die GMP-gerechte Dokumentation zu dem hergestellten Produkt gehöre. 43
- Im Übrigen weise der Kläger sehr wohl eine weitaus höhere Fehlerquote auf als seine übrigen Kollegen. Soweit der Kläger dies bestreitet, bestätige dies die großen Unterschiede zwischen dem Selbst- und Fremdbild des Klägers. 44
- Schließlich sei auch die Abmahnung vom 24.04.2008 zutreffend gewesen. Der Kläger habe nämlich am 03.04.2008 die Einrichtung der Verpackungsmaschine vorgenommen. Dies ergebe sich aus dem Verpackungsprotokoll Nr. 5 vom 03.04.2008 (Bl. 240 d. A.), das vom Kläger unterschrieben sei. Unzutreffend sei es auch, dass nur der Kläger wegen des angeblichen Fehlverhaltens abgemahnt worden sei. Die verantwortliche Lineinspektorin sei ebenfalls für den gleichen Vorfall abgemahnt worden. 45
- Auch der dem Kläger für den Vorfall vom 03.07.2008 gemachte Vorwurf sei zutreffend. Zwar habe der Kläger an diesem Tag die Verpackungsmaschine nicht selbst eingerichtet, er habe aber die erforderlichen Kontrollen nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Hätte er die Produktion ordnungsgemäß kontrolliert, hätte er feststellen müssen, dass sich ein Nummernhalter gelockert habe. Die Tatsache, dass auch andere Mitarbeiter die Fehlerfreiheit bestätigt hätten, ändere nichts an dem Umstand, dass es sich insoweit um ein arbeitsvertragliches Fehlverhalten des Klägers handele. Auch die verantwortliche Maschinenbedienerin sei für diesen Vorfall abgemahnt worden. Die verantwortliche Mitarbeiterin in der Prozesskontrolle sei nicht abgemahnt worden, da sie schwerbehindert sei und der Arbeitsplatz nicht leidensgerecht ausgestattet gewesen sei. Die Tatsache, dass auch andere Mitarbeiter Fehler begingen, rechtfertige nicht das Fehlverhalten des Klägers. 46
- Auch beim Ausfüllen des Verpackungsprotokolls vom 10.07.2008 sei der Kläger seiner Dokumentationspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen, in dem er vorgeschriebene Kreuze im Protokoll nicht gesetzt habe. Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, dass der Leiter der Verpackung die Dokumentation am 11.07.2008 gegengezeichnet und bestätigt habe. Der Leiter der Verpackung habe die Richtigkeit wahrscheinlich bestätigt, nachdem die Dokumentation korrigiert und damit vollständig gewesen sei. Selbst wenn der Leiter der Verpackung seinerseits seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt habe, ändere dies nichts an dem Fehlverhalten des Klägers. 47

Schließlich sei auch der gegenüber dem Kläger am 14.08.2008 erhobene Vorwurf zutreffend. Der Kläger sei am 14.08.2008 laut Maschineneinrichtungsplan für die Maschine als Einrichter eingeteilt gewesen. Dass ein anderer Mitarbeiter das Formatwerkzeug in die Abfallkiste verbracht habe, müsse bestritten werden. Auch der Umstand, dass der Kläger der Aufforderung zur Beseitigung der Werkzeuge sofort nachgekommen sei, liege in seinem Fall gerade nicht in der Natur der Sache. Der Kläger sei bei seinen Vorgesetzten dafür bekannt, dass er sich für unfehlbar halte und stets die Diskussion suche. Wäre die Beseitigung des Werkzeugs nicht in seiner Verantwortung gewesen, hätte der Kläger eine lange und breite Diskussion begonnen.

Die Beklagte hat ferner die Auffassung vertreten, dass dem Kläger ein Anspruch auf die Jahresleistung nicht zustehe. Dieser Anspruch setze voraus, dass der Kläger sich in ungekündigter Stellung befinde. 49

Durch Urteil vom 12.03.2009 hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage und der Zahlungsklage hinsichtlich der Jahresleistung von 2.514,00 € brutto stattgegeben und sie hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Urlaubsabgeltung für das Jahr 2008 und der Auflösung des Arbeitsverhältnisses abgewiesen. Zur Begründung des stattgebenden Urteils hat das Arbeitsgericht ausgeführt, die Kündigung vom 05.09.2008 sei sozial ungerechtfertigt. Bei Fehl- und Schlechtleistungen komme eine sozialgerechtfertigte ordentliche Kündigung nur bei Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichbaren Mittelwertes in Betracht, ein Arbeitgeber genüge seiner Darlegungslast noch nicht dadurch, dass er allein die Fehler des Arbeitnehmers und deren Häufigkeit aufzeige. Er müsse vielmehr die Fehlerhäufigkeit des gekündigten Arbeitnehmers in Relation zu der durchschnittlichen Fehlerhäufigkeit von vergleichbaren Arbeitnehmern setzen. Dieser Darlegungslast sei die Beklagte nicht nachgekommen. Die Beklagte habe lediglich pauschal vorgetragen, bei dem Kläger liege eine höhere Fehlerhäufigkeit als bei anderen Mitarbeitern vor. Dies sei unzureichend. Mit welchem Grad der Kläger die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit vergleichbarer Arbeitnehmer überschreite, gehe aus dem Vorbringen der Beklagten nicht hervor. Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien hiernach ungekündigt über den 31.12.2008 hinaus fortbestehe, stehe dem Kläger auch die eingeklagte Jahresleistung für das Jahr 2008 zu. 50

Gegen das der Beklagten am 18.06.2009 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts, auf dessen Gründe ergänzend Bezug genommen wird, hat die Beklagte am 24.06.2009 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese mit dem am 10.08.2009 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 51

Nach Zustellung der Berufungsbegründung am 12.08.2009 beim Kläger hat dieser mit dem am 11.09.2009 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz seine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen geltend gemacht. 52

Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags ist die Beklagte nach wie vor der Auffassung, dass die ausgesprochene außerordentliche Kündigung vom 05.09.2008 unter Berücksichtigung der zuvor ausgesprochenen Abmahnungen vom 12.07.2006, 20.09.2007, 08.11.2007 und 24.04.2008 sozial gerechtfertigt sei. Insbesondere könne der Kläger sich nicht darauf berufen, dass es sich bei den bei ihm aufgetretenen Fehlern um solche handle, die nicht nur ihm, sondern allen Einrichtern hin und wieder unterliefen. Bei der Arzneimittelproduktion handle es sich um einen hochsensiblen Bereich. Fehler, die den Aufdruck des Haltbarkeitsdatums betreffen, seien nicht hinnehmbar. Begehe ein Mitarbeiter einen entsprechenden Fehler, der zu falschen Aufdruckdaten auf den Verpackungen führe, so werde dieser Mitarbeiter abgemahnt. Auch andere Mitarbeiter seien 53

für vergleichbares Fehlverhalten abgemahnt worden. Der Umstand, dass im Betrieb der Beklagten weitere Kontrollmechanismen eingebaut seien, könne das Fehlverhalten des Klägers nicht rechtfertigen. Es sei gerade der Einrichter, der durch den Rüstvorgang die Produktion starte. Auch unzureichende Kontrollen und Überprüfungen des laufenden Produktionsvorganges, die dem Kläger anzulasten seien, seien abmahnfähig. Das Gleiche gelte bei Fehlern hinsichtlich der dem Kläger obliegenden Dokumentationspflichten. Entsprechende Dokumentationsfehler, die zu einer Verzögerung der Verschickung der Ware zum Kunden führten, seien nicht tolerierbar. Unzutreffend sei es auch, dass ein derartiges Fehlverhalten bei der Beklagten Tag für Tag bei anderen Mitarbeitern vorkomme. Auch Dokumentationsfehler, die anderen Mitarbeitern unterliefen, würden abgemahnt.

Auch nach Erteilung der Abmahnungen sei der Kläger am 03.07.2008 seiner Pflicht, die Produktion ordnungsgemäß zu prüfen und zu kontrollieren, nicht vollständig nachgekommen. In jedem Taktblister ab Karton 22 seien Auffälligkeiten zu erkennen gewesen. Etwa 25 % der Blister hätten entsprechende Verschiebungen aufgewiesen. Wenn der Kläger seinen Kontrollpflichten ordnungsgemäß nachgekommen wäre, hätte er dies erkennen und entsprechend handeln müssen. Auch die verantwortliche Maschinenbedienerin habe eine entsprechende Abmahnung erhalten. 54

Am 10.07.2008 sei der Kläger trotz ausdrücklicher vorangegangener Abmahnung seiner Dokumentationspflicht unstreitig nicht ordnungsgemäß nachgekommen. 55

Schließlich habe der Kläger auch am 14.08.2008 einen weiteren Verstoß gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten begangen. 56

Die Beklagte ist insgesamt der Auffassung, dass sie im vorliegenden Fall jedenfalls nicht verpflichtet sei darzulegen, dass die Fehlerhäufigkeit des Klägers die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit von vergleichbaren Arbeitnehmern überschreite. Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass auch einmalige Fehler weitreichende Konsequenzen haben könnten. Jeder Fehler bei der Produktion von Arzneimitteln könne verheerende Folgen für die Arzneimittelsicherheit und damit für die Allgemeinheit nach sich ziehen. Der Kläger habe im vorliegenden Fall in eklatanter Weise mehrfach gegen entsprechende Sicherheitsbestimmungen verstoßen. Am 03.07.2008, 10.07.2008 sowie am 14.08.2008 sei der Kläger wiederum trotz der vorangegangenen vier Abmahnungen seinen Sorgfalts-, Kontroll- und Dokumentationspflichten nicht ordnungsgemäß nachgekommen. Insoweit handele es sich nicht um Fehler, die bei Tätigkeiten entstünden, bei denen nach Art und Tätigkeit Fehler vom Arbeitnehmer kaum zu vermeiden und vom Arbeitgeber eher hinzunehmen seien, weil ihre Folgen das Arbeitsverhältnis nicht all zu stark belasteten. Es handele sich bei den Fehlern, die dem Kläger unterlaufen seien, vielmehr um eklatante Pflichtverstöße im sicherheitsrelevanten Bereich. Demzufolge könne hier auch keine durchschnittliche Fehlerquote zugrunde gelegt werden, bei der erst eine längerfristige, deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote zu einer vorwerfbar vertraglichen Pflichtverletzung führe. 57

Zwar sei es zutreffend, dass auch anderen Mitarbeitern der Beklagten Fehler bei der Dokumentation bzw. bei der Kontrolle/Qualitätskontrolle unterliefen. Diese Fehler träten jedoch keinesfalls so regelmäßig auf, wie dies vom Kläger behauptet werde. Es handele sich nicht um Fehler, die wegen Art und Tätigkeit vom Arbeitnehmer kaum zu vermeiden und vom Arbeitgeber hinzunehmen seien. Alle Mitarbeiter, denen entsprechende Fehler unterliefen, würden ebenfalls abgemahnt. Eine Darlegung der Fehlerhäufigkeit des gekündigten Arbeitnehmers in Relation zu der durchschnittlichen Fehlerhäufigkeit von vergleichbaren Arbeitnehmern sei nur dann erforderlich, wenn ein gewisser Umfang an Fehlern aufgrund der 58

Art der Tätigkeit vom Arbeitgeber hinzunehmen sei. In der pharmazeutischen Herstellung spiele die Qualitätssicherung, anders als bei Versandtätigkeiten in dem vom Bundesarbeitsgericht am 17.01.2008 entschiedenen Fall, eine zentrale Rolle; Qualitätsabweichungen könnten hier schwerwiegende Folgen für die Gesundheit der Verbraucher nach sich ziehen.

Auch eine abschließende Interessenabwägung falle nicht zu Gunsten des Klägers aus. Selbst unter Berücksichtigung einer zehnjährigen Betriebszugehörigkeit könnten fahrlässige Schlechtleistungen, wie sie dem Kläger immer wieder zur Last fielen, nicht dazu führen, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fortzuführen. Bei der vom Kläger ausgeübten Arbeit handele es sich nicht um Tätigkeiten, bei denen Fehler nach Art der Tätigkeit vom Arbeitgeber hinzunehmen seien. 59

Da das Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher Kündigung der Beklagten vom 05.09.2008 mit Ablauf des 31.12.2008 sein Ende gefunden habe, stehe dem Kläger auch nicht die Jahresleistung für das Jahr 2008 zu. 60

Die Beklagte beantragt, 61

das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 12.03.2009 – 1 Ca 57/09 – teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 62

Der Kläger beantragt, 63

die Berufung zurückzuweisen sowie 64

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag zu Ziffer 1. zu den im Arbeitsvertrag vom 22.06.1998 genannten Bedingungen, ergänzt durch Arbeitsvertrag vom 21.12.2000, bei einem Bruttomonatsgehalt von 2.995,47 € als Einrichter in der Verpackung weiterzubeschäftigen. 65

Der Kläger verteidigt unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Sachvortrags und unter Aufrechterhaltung seiner Behauptungen das erstinstanzliche Urteil und ist nach wie vor der Auffassung, die ausgesprochene Kündigung vom 05.09.2008 sei sozial nicht gerechtfertigt. 66

Auch in der Berufungsinstanz stelle die Beklagte das angebliche Fehlverhalten des Klägers nicht einem etwaigen Fehlverhalten anderer Mitarbeiter gegenüber. Dies sei aber erforderlich, ansonsten lasse sich die Schwere der behaupteten Pflichtverletzung überhaupt nicht beurteilen. Im Übrigen sei dies auch im Rahmen der abschließenden Interessenabwägung erforderlich. Die Beklagte sei nicht einmal in der Lage, eine ordnungsgemäße Fehlerstatistik darzustellen. Die im vorliegenden Verfahren vorgelegten Dokumentationsprotokolle belegten gerade, dass zahlreiche Mitarbeiter in die Kontrolle der Produktionsvorgänge eingebunden seien. All die Kontrollmechanismen dokumentierten, dass nicht nur der Kläger zum Teil fehlerhaft gearbeitet haben solle, sondern auch die anderen Mitarbeiter in anderen Produktionslinien und Schichten. 67

Im Übrigen zeige das vorliegende Verfahren, dass entsprechende Fehler auch der Beklagten unterliefen. Auch die Beklagte habe auf Seite 13 der Berufungsbegründung das entsprechende Verfallsdatum verwechselt. Danach sei der Beklagten exakt der Fehler unterlaufen, der dem Kläger angelastet werde. 68

Unstreitig sei inzwischen, dass auch anderen Mitarbeitern in der Produktion Fehler bei der Dokumentation bzw. bei der Kontrolle/Qualitätskontrolle unterliefen. Dass bei diesen 69

Mitarbeitern die Fehlerquote jedoch keineswegs so regelmäßig sei, wie es dem Kläger zur Last gelegt werde, müsse nach wie vor bestritten werden. Es sei unzutreffend, dass alle Mitarbeiter, denen entsprechende Fehler unterliefen, jeweils abgemahnt würden. Nur lediglich er, der Kläger, sei jeweils bei jeglicher kleinsten, fehlerhaften Tätigkeit mit einer Abmahnung überzogen worden.	
Da die Kündigung vom 05.09.2008 unwirksam sei, sei die Beklagte auch zur Weiterbeschäftigung des Klägers verpflichtet. Zusätzliche Umstände, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers widersprächen, habe die Beklagte nicht angeführt.	70
Die Beklagte beantragt,	71
die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.	72
Sie habe ein überwiegendes Interesse, den Kläger nicht weiterzubeschäftigen. Das Vertrauen der Beklagten in die Arbeit des Klägers sei aufgrund des bemängelten Fehlverhaltens restlos zerstört. Der Umgang mit medizinischen Produkten bzw. deren Herstellung verlange einen äußerst sorgsamem Umgang, um das Vertrauen der Kunden zu erhalten und zu stärken. Die Voraussetzung habe der Kläger durch seine Arbeitsweise nicht erfüllt. Die Beklagte müsse auch mit weiteren Verfehlungen beim Kläger rechnen.	73
Im Übrigen wird auf den weiteren Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze ergänzend Bezug genommen.	74
<u>Entscheidungsgründe:</u>	75
Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete und damit zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Demgegenüber ist die nach § 524 ZPO form- und fristgerecht eingelegte und begründete Anschlussberufung des Klägers begründet.	76
Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 05.09.2008 nicht mit Ablauf des 31.12.2008 sein Ende gefunden hat.	77
Der vom Kläger in der Berufungsinstanz gestellte Weiterbeschäftigungsantrag ist begründet. Der Kläger hat auch einen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Jahresleistung.	78
I.	79
Das Arbeitsgericht hat zu Recht dem zulässigen Feststellungsantrag des Klägers stattgegeben.	80
Die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 05.09.2008 ist unwirksam, weil sie sozial ungerechtfertigt ist, § 1 Abs. 1 KSchG.	81
Sowohl die Beschäftigungszeit des Klägers bei der Beklagten als auch die Größe des Betriebes der Beklagten rechtfertigen die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes, §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG.	82
Die Kündigungsschutzklage ist auch rechtzeitig erhoben worden, § 4 KSchG.	83
Die Kündigung vom 05.09.2008 ist sozial nicht gerechtfertigt, weil sie nicht durch im Verhalten des Klägers liegende Gründe bedingt ist, § 1 Abs. 2 KSchG.	84

Als verhaltensbedingte Gründe für eine Kündigung kommen zunächst solche in Betracht, die der Arbeitnehmer bei Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten, insbesondere bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung herbeigeführt hat (BAG, 20.06.1969 – 2 AZR 173/68 – AP KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 6). Insbesondere Vertragspflichtverletzungen gehören zu den Kündigungsgründen im Verhalten des Arbeitnehmers. Diese Gründe müssen im Unterschied zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 BGB nicht so schwerwiegend sein, dass sie für den Arbeitgeber die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung begründen. Vielmehr genügen solche im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Umstände, die bei verständiger Würdigung unter Abwägung der Interessen der Vertragsparteien die Kündigung als billigenwert und angemessen erscheinen lassen (BAG, 07.10.1954 – 2 AZR 6/54 – AP KSchG § 1 Nr. 5; BAG, 22.07.1982 – 2 AZR 30/81 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5). Ob das Fehlverhalten eines Arbeitnehmers im Einzelfall geeignet ist, einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zu einer Kündigung zu bestimmen (BAG, 02.11.1961 – 2 AZR 241/61 – AP KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 3; BAG, 21.05.1992 – 2 AZR 10/92 – AP KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 29), ist durch Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände durch eine umfassende Abwägung der gegenseitigen Interessen zu ermitteln (BAG, 13.03.1987 – 7 AZR 601/85 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 18; KR/Griebeling, 9. Aufl., § 1 KSchG Rn. 201 ff., 209 f. m.w.N.).

1. In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ist anerkannt, dass auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen grundsätzlich geeignet sind, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen (BAG, 17.01.2008 – 2 AZR 536/06 – AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85; KR/Griebeling, a.a.O., § 1 KSchG Rn. 448 m.w.N.). Das Arbeitsgericht ist in dem angefochtenen Urteil auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Feststellung, ob eine Leistung als Schlechtleistung anzusehen ist, sich einerseits nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach den persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers richtet. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht des Arbeitnehmers ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab ist dabei nicht anzusetzen (BAG, 21.05.1992 – 2 AZR 551/91 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28; BAG, 17.01.2008 – 2 AZR 536/06 – AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85 Rn. 15 m.w.N.).

Daraus ist allerdings nicht zu folgen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungspflicht selbst willkürlich bestimmen kann. Dem Arbeitnehmer ist es nicht gestattet, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einseitig nach seinem Belieben zu bestimmen. Er muss vielmehr unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektivierbarer Kriterien nicht immer erkennbar. Der Umstand, dass ein Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft. In einer Vergleichsgruppe ist stets ein Angehöriger der Gruppe das "Schlusslicht". Das kann seine Ursache auch darin haben, dass die übrigen Gruppenangehörigen besonders leistungsstark sind, sich überfordern oder dass umgekehrt der gruppenschwächste Arbeitnehmer besonders leistungsschwach ist. Andererseits ist das deutliche und längerfristige Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichbaren Mittelwerts oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis darauf, dass der schwache Ergebnisse erzielende Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die mit zumutbaren Anstrengungen nutzbar wären. Dem muss auch im Rahmen des Kündigungsschutzrechts Rechnung getragen werden, da ansonsten einer Vertragspartei die Möglichkeit genommen würde, einen vertragswidrigen Zustand mit

rechtlich zulässigen Mitteln zu beseitigen.

Dieser Konflikt zwischen den genannten widerstreitenden Gesichtspunkten kann nach den Regeln der abgestuften Darlegungslast angemessen gelöst werden (BAG, 11.12.2003 – 2 AZR 667/02 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 48; BAG, 17.01.2008 – 2 AZR 536/06 – AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85 Rn. 17). Bereits das Arbeitsgericht hat in dem angefochtenen Urteil die jeweilige Darlegungslast des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses zutreffend wiedergegeben (vgl. BAG, 17.01.2008 – 2 AZR 536/06 – AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85 Rn. 18 und 19). 88

Diese Regeln der abgestuften Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess gelten nicht nur dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer quantitative Minderleistungen vorwirft, sondern auch für den Fall der qualitativen Minderleistung. Zwar kann in einem Fall der qualitativen Minderleistung nicht allein auf eine bloße Fehlerquote – wie im Fall des der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 17.01.2008 zugrundeliegenden Sachverhalts – abgestellt werden. Für die Fälle qualitativer Minderleistung ist über die bloße Fehlerquote hinaus die Darlegung weiterer Umstände wie Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung erforderlich. Auch im Falle qualitativer Minderleistungen hat sich die Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung an dem Maßstab zu orientieren, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinträchtigt ist. Welche Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers in einem derartigen Fall gestellt werden, hat das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 17.01.2008 (Rn. 21, 22) ausführlich dargelegt. Diesen Anforderungen, von denen auch das Arbeitsgericht ausgegangen ist, schließt sich die erkennende Berufungskammer an. 89

2. Diesen Maßstäben wird das Vorbringen der Beklagten im vorliegenden Fall nicht in vollem Umfang gerecht. Auch das Berufungsvorbringen der Arbeitgeberin erfüllt nicht die Anforderungen, die das Bundesarbeitsgericht an einen substantiierten Sachvortrag des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess wegen qualitativer Minderleistungen stellt. 90

Zwar hat die Beklagte sowohl erstinstanzlich wie auch in der Berufungsinstanz im Einzelnen dargelegt, welche Fehlleistungen, die sie bereits mit den Abmahnungen vom 12.07.2006, 20.09.2007, 08.11.2007 und 24.04.2008 gegenüber dem Kläger geahndet hat, und welche weiteren Fehler dem Kläger am 03.07.2008, 10.07.2008 und 14.08.2008 unterlaufen sein sollen. Dem Kläger wird vorgeworfen, dass er anlässlich der jeweiligen Vorfälle falsche Verfallsdaten eingerichtet, erforderliche Qualitätskontrollen nicht ordnungsgemäß durchgeführt und seine Dokumentationspflichten als Einrichter nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Bei ihren Darlegungen hat die Beklagte auch im Einzelnen Art und Schwere sowie die aus ihrer Sicht entstandenen Folgen der fehlerhaften Arbeitsweise des Klägers geschildert. 91

Dem Vorbringen der Beklagten fehlt es aber an einem konkreten Sachvortrag des Inhalts, dass der Kläger längerfristig die überdurchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller mit ihm vergleichbaren Mitarbeiter – unstreitig beschäftigt die Beklagte zuletzt ca. 30 Einrichter - erheblich überschritten hat. Zwar hat die Beklagte insoweit dargelegt, dass auch andere Mitarbeiter bei vergleichbaren Vorfällen Abmahnungen erhalten haben. 92

Die Beklagte hat aber nicht dargelegt, welche Fehlerquote die mit dem Kläger vergleichbaren Mitarbeiter haben und welcher Art und Schwere die Fehler dieser Mitarbeiter sind. Wie häufig anderen Einrichtern im Betrieb der Beklagten entsprechende Fehler – Einrichtung falscher Verfallsdaten, Nichtdurchführung erforderlicher Qualitätskontrollen, fehlerhafte Dokumentation – unterlaufen, ist von der Beklagten nicht dargelegt worden. Sie hat sich erstinstanzlich wie auch in der Berufungsinstanz lediglich darauf bezogen, dass der Kläger 93

eine höhere Fehlerquote aufweise als seine übrigen Kollegen. Dies ist unzureichend. Eine Einvernahme des von der Beklagten hierzu angebotenen Zeugen D1. R2 durch die Berufungskammer würde einen unzulässigen Ausforschungsbeweis darstellen, weil der Zeuge nach der jeweiligen Fehlerquote der anderen, mit dem Kläger vergleichbaren Mitarbeiter befragt werden müsste.

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Fehlleistungen, die gegenüber dem Kläger abgemahnt worden sind und die dem Kläger trotz der abgemahnten Vorfälle im Juli und August 2008 unterlaufen sein sollen, besonders weitreichende Konsequenzen gehabt haben und als äußerst schwerwiegende Fehler einzustufen seien mit der Folge, dass ein weiterer Vortrag zur durchschnittlichen Fehlerhäufigkeit der übrigen Einrichter und zur Überschreitung dieser durchschnittlichen Fehlerhäufigkeit durch den Kläger entbehrlich gewesen wäre. Auch der vorliegende Fall gehört zu den Fällen, in dem dem Kläger eine qualitative Minderleistung vorgeworfen wird. Bei den dem Kläger vorgeworfenen Fehlleistungen – Einrichtung falscher Verfallsdaten, unzureichende Qualitätskontrollen, fehlerhafte Dokumentation – handelt es sich um sogenannte arbeitsplatzspezifische Fehler, die auch nach dem Vorbringen der Beklagten nicht ungewöhnlich sind. Unstreitig ist zwischen den Parteien nämlich, dass auch anderen vergleichbaren Mitarbeitern, anderen Einrichtern ähnliche Fehler unterlaufen; die Beklagte behauptet darüber hinaus, dass sie bei vergleichbaren Fehlern ebenfalls Abmahnungen an ihre Mitarbeiter erteile. Ist eine bestimmte Fehlerquote aber arbeitsplatzspezifisch, kann nur eine beträchtliche, das vertragliche Austauschverhältnis erheblich störende Überschreitung dieser Quote eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen (BAG, 17.01.2008 – 2 AZR 536/06 – AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85, Rn. 21, 22; KR/Griebeling, a.a.O., § 1 Rn. 448). Hieraus folgt, dass auch im vorliegenden Fall die Beklagte verpflichtet gewesen ist, zu der Fehlerquote des Klägers und zur durchschnittlichen Fehlerquote der mit dem Kläger vergleichbaren Einrichter substantiiert hätte vortragen müssen. Nur der Arbeitgeber kennt regelmäßig die objektiven messbaren Arbeitsergebnisse der in seinem Betrieb beschäftigten Mitarbeiter (Sasse, ZTR 2009, 186, 187 f.). Nur der Arbeitgeber kennt die Vergleichszahlen der anderen Mitarbeiter. Hieraus folgt, dass auch im vorliegenden Fall die Beklagte zunächst hätte darlegen müssen, dass der Kläger längerfristig die durchschnittliche Fehlerzahl aller mit ihm vergleichbaren Mitarbeiter erheblich überschritten hat. Zur tatsächlichen Fehlerzahl der mit dem Kläger vergleichbaren Einrichter sind jedoch auch in der Berufungsinstanz keine substantiierten Ausführungen gemacht worden (vgl. auch: Tschöpe, BB 2206, 213, 218, 221; Sasse, ArbRB 2008, 233; Wetzling/Habel, BB 2009, 1638). Erst wenn die Fehlerquote des Klägers in Relation zu der durchschnittlichen Fehlerquote der übrigen Einrichter im Betrieb der Beklagten gesetzt worden wäre, hätte die Beklagte ihrer Darlegungslast genügt.

94

Da ein den Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag genügender Vortrag der Beklagten fehlt, erweist sich bereits aus diesem Grund die Kündigung vom 05.09.2008 als sozial ungerechtfertigt.

95

II.

96

Aufgrund der Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 05.09.2008 ist auch der mit der Anschlussberufung des Klägers geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch begründet.

97

Der Beschäftigungsanspruch des Klägers ist abzuleiten aus den §§ 611, 613, 242 BGB, Art. 1 und 2 GG. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, 27.02.1985 – GS 1/84 – AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14) hat der gekündigte Arbeitnehmer einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen

98

Kündigung mindestens dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsprozess ein obsiegendes Urteil erstreitet. Ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers ist nur bis zur Entscheidung der ersten Instanz im Kündigungsschutzprozess anzuerkennen. Diese Interessenlage ändert sich dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess ein obsiegendes Urteil erstreitet. In diesem Fall kann die Ungewissheit über den endgültigen Prozessausgang für sich allein ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht mehr begründen. Will der Arbeitgeber auch für diesen Fall die Beschäftigung verweigern, so muss er zusätzlich die Gründe anführen, aus denen sich sein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers ergibt.

Derartige Gründe hat die Beklagte im Berufungsrechtszug auch mit der Anschlussberufungserwiderung nicht vorgetragen. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht trotz der Kündigung durch die Beklagte vom 05.09.2009 hinaus fort. Gründe die ein überwiegendes Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers begründen könnten, liegen nicht vor, nachdem die Beklagte in zwei Instanzen im Kündigungsrechtsstreit über die Wirksamkeit der Kündigung vom 05.09.2008 gescheitert ist. Allein der Hinweis der Beklagten, dass ihr Vertrauen in die Arbeit des Klägers aufgrund des vielfachen Fehlverhaltens des Klägers zerstört sei, führt – wie die obigen Ausführungen zeigen – nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 05.09.2008. Er kann damit auch nicht den Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers zu Fall bringen.

III. 100

Zu Recht hat das Arbeitsgericht auch dem Anspruch des Klägers auf Zahlung der Jahresleistung für das Jahr 2008 in Höhe von 2.514,00 € brutto stattgegeben. Auch insoweit erweist sich die Berufung der Beklagten als unbegründet. Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 05.09.2008 nicht mit Ablauf des 31.12.2008 sein Ende gefunden hat, befand sich der Kläger im gesamten Jahr 2008 in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten steht dem Kläger danach der Anspruch auf die geltend gemachte Jahresleistung zu.

IV. 102

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1, 91 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglos gebliebenen Berufung sowie die Kosten der erfolgreichen Anschlussberufung des Klägers zu tragen.

Für die Zulassung der Revision zum Bundesarbeitsgericht bestand nach § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Der Streitwert hat sich in der Berufungsinstanz geändert und war neu festzusetzen, § 63 GKG. Dabei hat die Berufungskammer für den Feststellungsantrag den dreifachen Monatsverdienst des Klägers, für den Weiterbeschäftigungsantrag den zweifachen Monatsverdienst in Ansatz gebracht. Hinzuzurechnen war der Wert des in die Berufungsinstanz gelangten Zahlungsantrags.